

ע"פ 21121/12 - הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה נגד מיכל מלכה, אברהם מלכה

בית המשפט המחוזי בחיפה שבתו כבית-משפט לעערורים פליליים

על"א 17-12-21 הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה נ' מלכה ואח'	תיק חיצוני: 387/15	בפני כבוד השופט תמר שרון נתנהל	מערערת	עוה"ד ב"כ עוה"ד
הוועדה המקומית לתכנון ולבניה - חיפה ע"י ב"כ עוה"ד	קובי מזרחי ואח'	נגד	משיבים	
1. מיכל מלכה	2. אברהם מלכה ע"י ב"כ עוה"ד אמיר בר-דין ואח'			
				פסק דין

1. לפני ערעור על הכרעת הדין (מיום 10/10/30) שניתנה על ידי בית המשפט לעניינים מקומיים בחיפה (כבוד השופט ג'אדה בסול) בת"פ 387/15.

2. כתוב האישום כלל שני אישומים, כדלקמן:

א. באישום הראשון הואשם המשיבים בבניה, ללא היתר של מדרגות פלאה הממוקמות בסמיכות לנכס שבבעלות המשיבים, ברוחב שלין 17, גוש 11880 90 חלקה 90 וכן בסיליה, ללא היתר, של שביל בטון עם ריצוף באורך של 20 מ' ברוחב של 1 מ'.

ובהර, כי השביל הנ"ל (להלן: "השביל") מוביל מהמדרגות הנ"ל (להלן: "המדרגות") אל שביל ציבורי העשו מאבני משתלבות [כפי שנitin לראות בתמונות שצולמו על ידי מפקח הבניה שביקר במקום והוגשו לבית משפט קמא] (סומנו **(2)**).

ב. באישום השני הואשם המשיבים בשימוש ללא היתר בבנייה שנבנתה ללא היתר כמפורט בסעיף א' לעיל.

3. בגין כך הואשם המשיבים, בגין שני פרטי האישום, בעבורות של ביצוע עבודות בנין ללא היתר, אחירות לעובדה הטעונה היתר ושימוש ללא היתר במבנה שנבנתה ללא היתר, עבירות לפי סעיף 204(א) ו-208(א)(7)(8) לחוק התכנון והבנייה, תשכ"ה-1965 (להלן: "החוק").

4. אין מחלוקת שהמדרגות והשביל נבנו ללא היתר. בתשובהם לכתב האישום הודיעו המשיבים, שהם עושים שימוש במדרגות ובדלת הכניסה, אך טענו כי המדרגות נמצאות בשטח המגרש ולא בשכ"פ וכי גם אחרים עושים שימוש

במדרגות ושביל.

5. בהתייחס לעבירות הבניה קבע בימ"ש קמא, בהכרעת הדין, כי אין בפניו ראות ברמה מספקת במשפט פלילי לצורכי הרשעה בעבירה זו, הן לעניין זהות המבצע והן לעניין מועד ביצוע הבניה.

לענין עבירות השימוש קבע בית משפט קמא, כי המשיבים עושים שימוש במדרגות ושביל, אך חרף זאת, זיכה אותם גם מעבירת השימוש, זאת - לאחר שקבע כי עומדת להם "הגנה מן הצדק".

6. בית משפט קמא קבע, כי עצם העובדה שהמעערעת החליטה להגיש כתוב אישום רק נגד שניים מהבעליים, בעוד שקיים בני משפחה נוספים אשר רשומים כבעליים בנכס ונגדם לא הוגש כתוב אישום, היא התנהלות המצדיקה הסבר. לשיטת בית משפט קמא, לא ניתן כל הסבר או ציון להתנהלות זו. דבר זה, בנוסף לכך שלדעת בית משפט קמא החקירה לא בוצעה באופן מكيف די ולכן גם לא הוכח מועד ביצוע הבניה, ביסס, לשיטתו של בימ"ש קמא, את טענתם של המשיבים להגנה מן הצדק והצדיק זכויות גם מהעבירה של שימוש בבניה ללא היתר.

7. בית משפט קמא ציין, כי לא נעשתה כל חקירה רצינית בסוגיית זהות המשתמשים שביל, וכי לא ניתן לקבל מצב בו בוחרת לה המאשימה את מי מבין מספר בעלי הזיקה יש להאשים, כשיתכן ואחריותם איננה פחותה מאחריות המשיבים, נגדם הוגש כתוב אישום.

עוד נפסק, כי במצב דברים זה, כאשר בית המשפט מוצא עצמו במצב של גרסה מול גרסה היה על המפקח לברר מי כל האנשים אשר עושים שימוש שביל. זאת, לאחר שבניגוד למפקח שטعن בערכאה הדינית, כי שביל משתמש רק דיררי דירת המשיבים, טוענו המשיבים, כי מדובר שביל בשטח ציבורי אשר נגיש לשכנים וגם הם עושים בו שימוש. בימ"ש קמא קבע, כי היה על המעערעת לחזור את העניין ולתת הסבר כלשהו, לכך שדווקא המשיבים "נבחרו" להיות מואשמים בשימוש.

8. לאחר שענייתי היטב בפסק דין של בית משפט קמא ובפרוטוקול בית משפט קמא וכן נתמי דעתו לטיעוני הצדדים, סבורתני שיש מקום לדוחות את הערעור ככל שהוא בנוגע לבניה ללא היתר, אך יש לקבלו ככל שהוא נוגע לעבירות השימוש, הינו - יש לקבל את הערעור בהתייחס לאישום השני, אשר בכתב האישום (להלן: "**עבירת השימוש**"). להלן נימוק:

9. בראשית הדברים אצ"ן, כי המשיבה 1, הגב' מלכה מיכל (להלן: "**המשיבה**"), הייתה אמו של המשיב 2, מר אברהם מלכה (להלן: "**המשיב**"), לא התיצבה כלל לדיןיהם, בטענה כי היא איננה יכולה הגיעו לדינוי בית המשפט בשל בעיות רפואיות (ראו פרוטוקול ישיבת יום 16/2/2016, להלן: "**ישיבת הקרה**"). נכון טענה זו, נוהל המשפט בהיעדר המשיבה, תוך שהיא והמשיב מיוצגים, ייחדי, על ידי עו"ד בר דין.

10. בית משפט קמא שמע ראיות בהכרעת דין ציון, בין היתר, כי בתשובתם לכתב האישום הודה המשיבים, כי הם

הבעלים (ביחד עם אחותו ואחיו של המשיב) של הנכס המתויר בסעיף 2 לפרט האישום הראשון אשר בכתב האישום (להלן: "הנכס"), הנמצא סמוך למקום בו נבנו המדרגות והשביל. המשיבים הchkishו את עבירות הבניה, אך הודה שהם משתמשים מדי פעמי במדרגות ובדלת הכניסה, אם כי, לטענתם, לא שימוש ייחודי.

בית משפט קמא קבע, כי לא הוכח מתי בוצעה הבניה ועל ידי מי, שכן התיק נפתח לאחר שהתקבלה תלונה אונומית, שבעקבותיה ביקר המפקח במקום וראה את הבניה כפי שהיא. אולם, בקצרה, כי ערה אני לטענותיה של המערעתה בעניין ביצוע הבניה, אולם סבורה אני שאין די בהן כדי להצדיק התעරבותה בקביעת בית משפט קמא, בעניין זה.

שונה המצב לגבי עבירות השימוש.

11. בישיבת ההקראה, טען המשיב, כי הנכס עבר אל הבעלים בירושה מאבו וטען כי המשיבה גרה בנכס ואילו אחותו הגדולה גרה בחו"ל. הוא עצמו, כך טען בשלב זה, אינו גר בנכס. המשיב טען, עוד, כי במדרגות השתמשו כדי להעלות שחורה, בעת שיפוץ מהם עשו בנכס וכי בשביל יכול לעبور "כל הציבור".

אצ"נ, כי על פי רישום המקראקען (ሞצג **ת/4**), הנכס רשום על שם של המשיבה, מיכל (3/4 חלקים) וילדה - מרום מלכה (1/12 חלקים); המשיב (1/12 חלקים) ודניאל מלכה (1/12 חלקים). אין חולק שבית המשיבים נמצא ברוח שילון 17.

12. בית משפט קמא שמע (בישיבת יום 14/2/17), את עדותו של המפקח, מר גregoriy Polotskin שהוא מפקח במחלחת הפיקוח על הבניה בעיריית חיפה (להלן: "המפקח"), אשר ביקר במקום והuid, שבחולק האחורי של הבניין, בו נמצאת דירת המשיבים, קיימ "פשפש" מבצל ומדרגות ירידת למפלס הקראקע. השביל בניו מסוף המדרגות והוא מתחבר לשביל ציבורי, הנמצא במקום. בית משפט קמא ציין עוד את עדותו של המפקח, לפיה השביל, המדרגות והפשפש (השער) מובילים לקומת הקראקע בבניין בו מצויה דירת המשיבים ודירה נוספת נספtha, כאשר בין החצרות של הדירות קיימת מחיצת הפרדה. כן העיד המפקח, כי הגישה היחידה מהשביל ומהשער, היא אל דירת המשיבים בלבד וכי דירות אחרים אינם יכולים לעשות שימוש בשביל ובמדרגות.

בימ"ש קמא קבע, בהכרעת הדיון, כי השביל בניו על שצ"פ ולא בשטח המגרש הפרט. עוד קבע, כי שני המשיבים וכן דניאל מתגוררים בנכס וכי בעבר גרה עמו, בנכס, גם האחوت, הנמצאת בחו"ל מזה 5 שנים.

13. לגבי עבירות השימוש קבע בית משפט קמא, כי בכל הנוגע לטענה לפיה גם השכנים עושים שימוש בשביל, מצוים אנו במצב בו קיימת גרסה מול גרסה - גרסת המפקח מול גרסתו של המשיב וכי אילו העניין היה נחקר טוב יותר, ניתן היה להבהיר עניין זה. בנסיבות אלה ולאור כך שהשכנים וכן דניאל והאחوت (להלן: "**בני המשפחה הננספים**") לא העמדו לדין, סבר בית משפט קמא, כי יש להחיל על המקירה (כאמור) "הגנה מן הצדוק". לטעמי יש להתערב במסקנותו זו של בית משפט קמא.

14. ראשית בעיר כי, כפי שציינה ב"כ המערערת, ובדין ציינה, טענת "הגנה מן הצדק" היא טענה **מקדמית** (ראו סעיף 149 לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב] תשמ"ב-1982 (להלן: "**החסד פ'**"). אולם, ניתן להעלות טענה זו גם בשלבים מתקדמים של המשפט (סעיף 151 לחסד פ'), אולם יש לעשות כן, במפורש, על מנת שהמערערת תדע שעילה להшиб לטענה. במקרה דנן, הטענה לא נטעה כטענה מקדמית ואף לא הוועתה במהלך שמיית הריאות. אולם, במהלך המשפט נשאל המפקח לגבי משתמשים אחרים וביסוקו הקשה ב"כ המשיבים מדוע לא הוגש כתוב אישום גם נגד שכנים ובני המשפחה הנוספים, אך לא טען, במפורש, להגנה מן הצדק, כך שלא ניתנה למערערת הזדמנות, בפועל, להшиб לטענה, כפי זכותה על פי סעיף 150 לחסד פ'.

15. גם לגופו של עניין קיים קושי רב במסקנותו של בית משפט כאמור, לפיה נפל פגם בהתנהלותו של המפקח או בהחלטת המערערת להגיש כתוב אישום נגד שני המשיבים בלבד.

החוoba להוכיח כי התמלאו התנאים לקבלת טענה של הגנה מן הצדק, מוטלת על הטוען, הינו- על המשיבים. אולם, אין חולק שלא הוגש כתבי אישום נגד השכנים או בני המשפחה האחרים, הרשומים כבעליים של חלקיים בדירות, ולכן, לכואורה, עמדו המשיבים בנintel הראשוני המוטל עליהם, אולם, בשונה מבית משפט כאמור, סבורה אני שהמפקח סיפק הסברים סבירים לכך.

בקשר לכך יש לציין, כי המערערת טוענת שני המשיבים הם בעלי הזיקה חזקה לנכס, כפי שעולה גם מתחובתם לכתב האישום וכי בעת הגשת כתב האישום דניאל היה כבן 20 וככל הנראה היה אז חייל, דבר המתישב עם הגרסה הראשונה שמסר המשיב, בתשובתו לכתב האישום.

16. המפקח העיד, כי הגישה **היחידה** מהשビル ומהשער היא אל דירת המשיבים בלבד. בעודו זו, כמו גם בעובדה שקיימות מחיצות בין גינת המשיבים לגינת השכנים, יש משומם הסבר סביר לכך שהמפקח לא פעל נגד השכנים, המתגוררים בקומת הקרקע של הבניין. אולם המשיב הבהיר שהגישה היחידה למדרגות היא מהגינה של המשיבים, אולם מדברים אחרים עולה שהשכנים עוברים במקום "בהתכמת" המשיבים, למשל - כל צד מורשה לעبور בחצרו של הצד الآخر (עמ' 3 לישיבת יום 17/9/26). ראו גם דבריהם שאמר ב"כ המשיבים, בישיבת ההקראה (ראו עמ' 1-2 לישיבת יום 22/2/16).

את העובדה שהוא לא פנה אל בני המשפחה הנוספים, הסביר המפקח בכך, שהמשיבים הם היחידים הרשומים בחשבון הארונונה (מצג **ת/5**) ולכן הוא ראה אותם כאחראים, בעלי הנכס ומחזיקים בו.

17. בבחינת הטענה בדבר אכיפה ברורנית, על בית המשפט לבחון את שיקול הדעת המנהלי, שהביא את המערערת שלא להגיש כתב אישום נגד אחרים (בענייננו- השכנים או בני המשפחה האחרים). ראוי להציג, כי במסגרת זו אין המאשימה צריכה להוכיח את הנתונים, עליהם היא ביססה את שיקול הדעת המנהלי, ברמת ההוכחה הנדרשת במשפט פלילי, אלא די בכך שהיא ביססה את האבחנה בין המשיבים על שיקולים ראויים וסבירים, על פי הנתונים שהיו בפניה, בעת הגשת כתב האישום.

החלטות רשות מנהלית אין צורך להתקבל על פי רף ההוכחה הנוגע במשפט הפלילי. רף ההוכחה הנדרש לשם קבלת החלטה על ידי רשות מנהלית, נמור מזה הנדרש בהליך פלילי ואף אין זהה לזה הנדרש בהליך אזרחי. ראו, בעניין זה, דברי כבוד השופט זמיר בגב"ץ 987/94 יורונט קווי זהב (1992) בע"מ נ' שרת התקשרות, הגב' שולמית אלוני, פ"ד מה(5) 412 (16.11.1994): "כדי שהרשות תוכל להתבסס על נתון, צריך שהנתון יעמוד במבחן הראייה המינימלית. זהו מבחן גמיש. הוא מאפשר לרשות המינימלית לחת בוחנן גם ראיות שאין קבילות בבית-משפט, כגון עדות שמיעה. עם זאת, לא כל שמוועה פורחת די בה כביסיס להשתית עליו מצוי. וכך הציג זאת הנשיא אגרנט בגב"ץ 71/71 לנסק' נ' שר הפנים, פ"ד כו(357) 'העדות צריכה להיות - בשים לב לנושא, התוכן והאדם שמסר אותה - עדות זאת, אשר כל אדם היה רואה אותה כבעלת ערך הוכחות והיה סומך עליה מידזה זו או אחרת'. זהו, אם כן, מבחן של סבירות: הרשות המינימלית רשאית לסמוך על נתונים הנוגעים לעניין שadam סביר (ואלו נכון יותר לומר: רשות סבירה) היא סומך עליהם לצורך קבלת החלטה בעניין העומד על הפרק". (שם, בסעיף 11). (ההדגשה אינה במקור).

18. בעניינו, גם אם ניתן היה להוסיף ולחזור בעניין, בנוגע למעורבים אחרים - בני המשפחה הננספים או שכנים, הלכה היא, כי לא כל מחדר חקירה מביא לביטול כתוב אישום מחמת הגנה מן הצדק. בכל מקרה ומקרה על בית המשפט לבחון את מידת הפגיעה של מחדר זה בסיסוי הגנתו של הנאשם ובזכותו להליך הוגן. בchnerה זו, יש לעשות על רקע מכלול הראיות שהובאו מטעם הצדדים ובשים לב לשיקול הדעת של הרשות, בעת הגשת כתב האישום ולא כחוכמה בדיעבד.

במקרה דן, בעת הגשת כתב האישום, היו בידי הרשות (המערערת) ראיות למעורבותם של המשיבים בשימוש במדרגות ובסبيل, אשר אין חולק שנבנו ללא היתר וכן היו בידי הממצאים שמצא המפקח במקום, אשר הצביעו, כמובן, על כך שהמשיבים הם, ככל הפחות, המשתמשים העיקריים וככל הנראה הבלעדיים, במדרגות ובסبيل. את האחות, הנמצאת בחו"ל לא ניתן היה (באופן סביר) לחזור או להעמיד לדין וקשה לקבל את הטענה לפיה, המשיבים היו חפצים בהעמדתו לדין של דניאל, האח הצעיר, בנוסף אליו אשר, על פי גילו היה אז בצבא.

19. בנסיבות אלה, היה על בית משפט קמא לקבוע כי לא נפל פגם בפעולות המפקח או בהחלטת הרשות, המצדיקים קבלת טענת "הגנה מן הצדקה". לכל היוטר היה על בית משפט קמא לתת לכך ביטוי בגזר הדין.

20. זאת ועוד - לעניין השימוש מדובר, אמנם, בגרסת המפקח מול גרסת המשיבים, אולם המפקח בדק את המצב בשטח וראה (כפי שהעיד) שהמדרגות מובילות לחצר המשיבים בלבד. המשיב אמרם טען (כאמור) שעיל פי הסכם עם השכנים הם עוברים במקום, אולם לא הביא מי מהשכנים לתמוך בגרסתו ולא הבאת עד יש,_CIDOU, ממשמעות ראייתית, הפעלת לרעת מי שהוא צפוי שעיד יעד לטובתו, היינו - לרעת המשיבים.

מכל מקום, משקיע בית משפט קמא שהמשיבים עושים שימוש בשבייל ובמדרגות שנבנו ללא היתר ונוכח כל האמור לעיל, היה על בית משפט קמא להרשעם בדין.

21. סופו של דבר - אני מקבלת את ערעור המדינה בעניין לערבת השימוש ומרשעה את המשיבים במיחס להם בפרט האישום השני, היינו - בעבירה של שימוש ללא היתר במבנה שנבנתה ללא היתר, עבירה לפי סעיפים 402(א) ו-408(א)(7) לחוק (קדום לתיקון מס' 116).

התיק יועבר אל כבוד השופטת ג'אדה בסול, לשם גזירת הדין בגין האישום השני.

המציאות תפעל כאמור לעיל ותסגור את התיק.

ניתן היום, י"ט איר תשע"ח, 04 במאי 2018, בהעדר הצדדים.